

# ガバナンスの法構造

## ——民主的正当化と責任分担の観点から——

高 橋 雅 人

- 1 はじめに
  - 1-1 本稿の目的
  - 1-2 多元的行政の法状況
    - 1-2-1 連邦郵便の民営化と電気通信における規制態様
    - 1-2-2 航空管制
  - 1-3 民営化の種類
  - 1-4 公私協働
  - 1-5 国家論の再興？
    - 1-5-1 ネットワーク社会
    - 1-5-2 保証国家
    - 1-5-3 保証国家批判
  - 1-6 「民主的正当化」と「責任分担」へ
- 2 ガバナンスの民主的正当化
  - 2-1 従来の民主的正当化ドグマティック
  - 2-2 民主的正当化論の新展開
  - 2-3 ガバナンスにおける民主的正当化
    - 2-3-1 制御理論とガバナンス論
    - 2-3-2 ガバナンスにおける民主的正当化ドグマ
- 3 責任分担としてのガバナンス構想
  - 3-1 ガバナンスと規律的調整構造
    - 3-1-1 ガバナンス概念の学際性と法学への受容
    - 3-1-2 ガバナンスの法的構成へ

3-2 規律的調整構造の特徴と保証責任

3-2-1 規律的調整構造の特徴

3-2-2 保証責任

3-2-3 保証国家における責任の問題

3-3 規律的調整構造における第三者の権利保護

3-3-1 組織法における責任

3-3-2 行政救済法における責任

4 おわりに

1 はじめに

1-1 本稿の目的

「公私協働」や「民営化」と呼ばれる現象は、すでに古くからの政治現象であるにもかかわらず、それらを規律する公法学の考察は、まだはじまったばかりである。そう言ってもあながち誤ってはいないだろう。それでも、行政法学では、これらの議論の展開は近年めざましいものがある。その一方で、憲法学における議論は、議論の量としても、議論の目指す方向性も消極的である。国家の形態や機能に変化が現れているにもかかわらず、公共的なことがらに私人が参加することについては積極的に評価していても、公共的事務は国家が行うべきで、市場に任せるべきではない、という議論がたてられる。国家の機能が限界をきたしたから民営化や公私協働を行っているのか、あるいは民営化や公私協働をするから国家の枠組が変わったのか、そういった本質的な問いにはここで答えることはできないものの、いずれにせよ、国家のかたちが、従来の憲法学で扱ってきたものと変わってきている。<sup>(1)</sup>

日本の法令では、2006年に施行された「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律」(2006年6月2日法律第51号)が、公共サービスを民間に委ねる競争入札手続、民間による公共サービス実施のための措置などについて規定した。<sup>(2)</sup> この立法は、いわゆる「市場化テスト」を法制化したものと言われている。立法の背後には、サービスの質の向上とコスト削減という目

標がある。この法律は、公共サービスの担い手を、国や公共団体にかぎるものではなく、民間の法主体に解放するための、実定法上の根拠規定となっている。「公私協働」や「民営化」の観念が、日本の公法学にとってもいよいよ見過ごすことのできない法状況となった。とくにこの法律は、官民競争入札・民間競争入札について、手続面での公正性・透明性の確保、行政主体への高い説明責任の要求を組み込み、対象公共サービスを民間に委託する際に契約的手法を用いる。こうして、契約的手法を用いる公私協働の法的仕組みが示される画期となった。<sup>(3)</sup>

こうした法状況を前にして、本稿の目的は、公的事務を遂行する複数の主体の行為とそれらを制御する多元的な法のあり方について、それらを構造的に把握して規律する仕組みを法的に考察することである。この場合の「複数の主体」というのは、行政主体にかぎらず、私的（民間）主体をも含んだ多様な主体である。公的事務の遂行にかかわる事務遂行、施設運営、責任といった事務遂行過程にかかわるすべてが私人に委譲されうるのか、という根本的問題は重大だし、それこそ憲法学が取り組まねばならない課題だろう。それでも本稿の主たる関心は、国家と私的主体の交錯する、いわば公私協働の構造の法的規律にある。

ではまず、民営化された法人や、あるいはより広く「公私協働」と呼ばれる行政の私人による事務遂行は、公法上の諸原理に照らすと、どのように考えられるべきなのだろう。<sup>(4)</sup>この問いを検討するために、本稿では、多様な主体の公的事務遂行の法的規律について、ドイツ公法学で試みられている「ガバナンス」と「規律的調整構造（Regelungsstruktur）」の概念を用いる。というのも、ドイツ公法学では「ガバナンス」に関する法的規律について近年めざましい理論的展開が見られており、日本の法現象を考えるに際しても、その理論を参照することが有用であると思われるからである。本稿では、この概念を分析する過程で明らかになる、「ガバナンス」の法的構想の不十分さを指摘し、それを克服して法理論として使用可能な道具へ仕上げる

ことには何が必要なのか、について検討する。

公法上のガバナンス概念は多義的で、一致した定義をもたない。それでも、「上から」の統治という構造だけでなく、むしろ国家が私的主体との交渉や契約を通じて法関係を形成する水平的な構造になる、という理解だけは共通していると思われる。このなかには、経済学的手法を読み込んで、マネジメントの観点を介在させる NPM 理論を前提としたガバナンス論と、他方で、主体間の関係性を規律することに着眼するガバナンス論とがある。すると、ここで用いる「ガバナンス」は、(それ自体多義的なのだが)<sup>(5)</sup>「民営化」と呼ばれる諸現象と「公私協働」と呼ばれる現象をともに含んだ包括的な概念となる。つまり、こうした現象のあらわれる社会を規律する統一的・包括的視点として、ガバナンス概念を使うこととする。

以上の目的を達成させるために、本稿では次のような考察手順をとる。まず、ドイツ公法学における問題状況の把握のために、多元的行政の法状況を概観し、その法現象に対する理論的取組みを見る(1)。次に「ガバナンス」に参与する諸主体の民主的正当化のあり方について検討する(2)。最後に、「ガバナンス」における責任分担について考察する(3)。以上のことから、「公私協働」と呼ばれる法現象(ガバナンス)に関する法的規律の枠組を(まだ漠然としたものではあるが)提示したい(4)。

## 1-2 多元的行政の法状況

以下では、具体的に問題状況を認識できるように、ドイツに見られる現象として、電気通信法の改正問題と航空管制行政の有限会社化について取り上げ、それらを規律する公法理論上のモデルとして、保証国家論を検討する。

### 1-2-1 連邦郵便の民営化と電気通信における規制態様

ドイツにおける民営化は、80年代より、航空管制行政の有限会社化、連邦鉄道、連邦郵便の特別財産の株式会社化などが行われ、また旧東ドイツの国有企業の信託公社による民営化が進められてきた。なかでも最大規模の民営

化が、連邦鉄道、連邦郵便の民営化である。ユニバーサルサービス保障を国家が直接行うのか、あるいは私企業による市場方式をとるのかをめぐって、政治的にも法的にも重大な論点となった。結果的に、連邦郵便は段階を経て民営化された。1994年に連邦固有行政の範囲を定めた基本法87条1項の改正と143b条の新設<sup>(7)</sup>がなされ、それを受けて、ドイツ連邦郵便の事業体の改組、民営化移行管理事務をつかさどる管理機構の設立が法律に定められた。

他方、ECレベルで1998年1月1日をもって音声電話を含むすべての電気通信サービスの完全自由化を達成する方針が決定しており、その方針に対応させる法律として、1996年7月25日、電気通信法が成立した。さらにEC指令である「ユニバーサルサービス指令」が2002年に発令されたのを受けて、2004年に電気通信法が改正された。

ユニバーサルサービスは、適切な品質で充分な量のサービスが連邦全土にわたってあまねく供給されねばならないとされている。基本法87f条によって、その保証が国家に義務づけられていると読まれる。ただし、このユニバーサルサービスに対する規制が、競争を制限するものであってはならない。また、この規制は電気通信事業者の経済的自由に対する一種の制約となるので、事業活動を過度に制限しない限りで基本法に合致すると解されている<sup>(8)</sup>。基本法87f条のねらいは、電気通信分野から国家が完全に撤退することで、市場の自由な活動にゆだねることのないよう制度設計することにある。そこでユニバーサルサービスの費用負担を事業者に求めるならば、それは特別負担金となり、本来国家が保証すべき供給をおこたっているとして違憲のおそれが高まる。

こうして国家は、電気通信事業において、保証責任と監視責任を負う形で、ユニバーサルサービスの提供を行うこととなった。

### 1-2-2 航空管制

ドイツでは近年、高権的権能の行使をも私人に委任するのではないかと考えられる事件が起きた。警察行政に該当する公的事務としての航空管制

を、私人に委任する法案が連邦政府から提出されたが、これを連邦大統領が署名を拒否し、法案が不成立に終わったという事件である。<sup>(10)</sup>

1992年の航空交通法改正によって、航空管制は有限会社（Deutsche Flugsicherung GmbH; DFS GmbH）化された。しかしこの有限会社化は、たんに連邦組織を民営化しただけで、実質は連邦が100%出資する連邦固有の有限会社となったにすぎなかった。<sup>(11)</sup> そうしたなかで、“Single European Sky”という、ECを1つの領空とする構想を示したEC指令によって、航空管制組織間の競争を可能にして、事務の効率化を図り、所管行政庁の監督を通じて事務の質を保証させる動きが生まれた。これによって、ドイツでは、航空管制法案が連邦政府から提出され、連邦議会及び連邦参議院を通過したが、連邦大統領の署名拒否を受けたのである。この法案は、「組織の民営化」ではなく「機能の民営化」を目指していた。国家は航空管制の事務に対する責任をもち、事務の遂行を、法律上の「委任（Beliehe）」によって、私人にゆだねたのである。<sup>(12)</sup>

大統領はこの法案を違憲と判断した。基本法87d条1項が、航空管制権限の私人への委任を認めていないからだという。組織の民営化については基本法の1992年の改正で可能であるとされてはいたものの、そもそも、基本法87d条1項が航空管制権限の私人への委任を許容しているかどうかは争いがあった。<sup>(13)</sup> 学説の争いがあるなかで、大統領は次のように述べている。「航空管制は連邦固有の行政である。航空管制は特別警察業務であり、したがって高権によって遂行されねばならない。それゆえ事務責任は事務形態にかかわらず連邦にある（いわゆる国家の保証責任）。基本法の規定の意味と目的は、特別警察事務の遂行の際に、国家意思を常に貫徹することにある。基本法87条1項2文はそれゆえ、たんに組織の民営化を認めるだけである。たとえ、航空管制の資本の民営化が基本法87d条1項によって完全に排除されるのではない、という考えにたったとしても、民営化された航空組織の監督に関する法律の規律は、国家が航空管制の高権的事務に対して有する保証責任を充

たすわけではない。さらに、立法者の見解にたったとしても、基本法87d 条 1 項は、私法において設立された航空管制組織に対する十分な制御権と統制権を求めている。<sup>(14)</sup>つまりここから、立法者（連邦政府・連邦議会）と大統領の見解が対立していることがわかる。一方で立法者は、権限委任が憲法上許容されると考え、連邦に十分な監督権と統制権（Ingerenzrechte）が行使されれば、国家の保証責任が果たされる、という見解に立っていた。<sup>(15)</sup>他方で大統領は、そもそも航空管制の私人への権限委任は憲法上許容されていないと考えるし、それに、もし権限委任が憲法上許容されたとしても、保証責任は十分ではない、としているのである。<sup>(16)</sup>

### 1-3 民営化の類型

「民営化」と呼ばれることばは、たんに、公的行為を私人に委譲する、ということばのもつ一般的なイメージの先行によって、その実質的な内容についてはよくわからないまま普及しているように見受けられる。そしてしばしば、「民営化」の政策をただちに「新自由主義」的とみなし、国家が財源や事務の負担を軽減させるために、もともと国家が担っていた事務を市場に委ねる議論なのだと断定されることがある。しかし法学の分析対象となるのは、「国家が公共的事業から撤退する」単純な「民営化」ではなく、国家の役割がずっと複雑になっている法現象としての「民営化」である。<sup>(17)</sup>ドイツ公法学における「民営化」の議論を整理するものとして、民営化のもたらす「法効果」を視座にして類型化を試みた G. キルヒホフの議論がある。<sup>(18)</sup>キルヒホフは、これまで行われてきた民営化の 4 類型を批判し、法効果の観点から民営化を類型化した場合、5 つの形式に分類できる、と考えた。①行為形式の民営化、②組織形式の民営化、③遂行する主体の民営化、④事務の民営化、そして⑤責任の民営化である。<sup>(19)</sup>

従来は①「財の民営化（Vermögensprivatisierung）」（「所有の民営化（Eigentumsprivatisierung）」）や「実質的民営化（materielle Privatisie-

「不真正民営化 (unechte Privatisierung)」や「形式的民営化 formelle Privatisierung」)、③「機能の民営化」(funktionale Privatisierung) (「履行の民営化 (Erfüllungsprivatisierung)」)、④「事務の民営化 (Aufgabenprivatisierung)」(「真正民営化 (echte Privatisierung)」や「実質的民営化 (materielle Privatisierung)」) の4つに類型化されていた。<sup>(20)</sup>しかし、キルヒホフによると、この4類型は統一的な基準で類型化されたものではない。そこで彼は、公法と私法が交錯する点に着眼して、そこで行われる行為の法効果の観点を基準にして5つに類型化し直したのである。

- ① 行為形式を民営化(私化)した場合、国家は私人と同じ視点に立つため、たとえば、道路建設のための土地を収用せず、私法上の売買契約を通じて土地を獲得するようになる。そうすると、公法の規準は緩和される。ただしこの場合、特に気をつけねばならないのは、基本権の自由保障の遵守である。つまり私法上の契約となったとしても、公法上の拘束力は基本権保障に集中する。
- ② 行政は、とくに生存配慮 (Daseinsvorsorge) の分野で、私法の組織形式によって特定の事務をより実効的に遂行する。これに対して、電力供給や水道供給の分野で、公的監視の代わりに共同出資者や監督委員会が登場するように、組織形式を民営化するような場合が考えられる。この場合、公法の拘束はゆるめられるが、根本的に解放されるわけではない。つまりここでの法効果は、公法上の次のような要請を緩和する。民主的正当化連鎖が破られてはならないという要請、権利保障を実効的に行わねばならないという法治国家的統制の要請、公法の拘束のなかで行政が決定的な影響力をもって社会を嚮導するという要請、活動に対する責任を負うという要請を緩和する。
- ③ これに対して、事務遂行者の民営化の場合、私法上の行為形式に基づいて事務が遂行され、公法の保護を間接的に受ける。ただし、国家的な



義務を負った雇用者として事務遂行を行う。この私人は、原則的に基本権に拘束されるのではなく、行政手続の諸義務に拘束される。刑法上の公務員の違法行為は私人の事務遂行者に対して適用されず、国家責任法は例外的にのみ適用される。

- ④ 国家は、現行法によって事務を委譲するのではなく、私的企業による事務遂行にゆだね、それゆえ競争にゆだねる。その点で、私人の事務遂行者は、基本権に拘束されず、基本権は私人に対しては第三者効を展開することになる。ドイツは社会国家として生存配慮を義務付けられているので、自由市場が保障されるべき成果を達成しない緊急時には、国家が人の生活領域において必要な供給をするというリザーブ責任（Reserveverantwortung）を果たすことになっている。それゆえ事務の民営化以降の国家に残されている責任というのは、事項適合的なリザーブ責任として捉えられる。
- ⑤ 最後に、リザーブ責任までもを民営化できるのが問題となる。しかしたとえば、民営化後の郵便制度に関して、生存配慮のために必要な事務に関する責任を国家が放棄することは許されていない<sup>(21)</sup>。この分野について、憲法は責任の民営化を禁止しているのである。国家がリザーブ責任からも解放されるのは、給付の周縁部にあたる、観光事業や余暇の過ごし方といった社会分野である。

こうした5つの民営化の類型学は、公法の規準が変更されることを明らかにする。公法の規準を変更しなければならないとなると、それに対する法問題に答えねばならなくなる。国家は私人をどの程度まで行政事務の履行に引き入れてもいいのか。それによって公法による保障はゆるめられるのか。公的事務の遂行のために、私法形式によって基礎づけられた公共事務遂行主体としての私的組織は、直接に基本権に拘束されるのか。

民営化という概念は、ドイツでも一義的な定義はなされていない。キルヒホフによると、公的主体の活動は、行政法の厳格な与件によって正当化する

民主的正当化によって特徴づけられるが、民営化の法問題といえ、以上の  
 ように、公法上の拘束が緩和されるか解消されるかどうかを問うことにな  
 る。<sup>(22)</sup>つまり民営化は、民主的正当化論の限界事例となる。

それゆえ、キルヒホフは、民営化がもたらす法的効果として、一方では基本権を促進させるが、他方で同時に基本権を浸食するリスクがある、と注意を喚起している。

#### 1-4 公私協働

民営化と公私協働が指し示す対象のうち、両概念が共有することがらは多い。しかし、両者は必ずしも常に一致した現象を示しているわけではない。日本における近年の公私協働に関する研究は、「印象論に過ぎない」としつつも、一定の視点から公私協働を整理している。<sup>(23)</sup>「市民主導の公私協働」と「市場・行政主導の公私協働」という区別である。前者は、市民参加のコンセプトの下で行われる環境問題、福祉問題、消費者問題などの行政分野における NPO の活動が例とされ、私人の自発的な公共的活動が公行政と対等なかたちで行われることを意味する。他方で後者は、「民営化」と重複する領域で、「公共性の確保のために行政によって民間組織の活動を制御するあり方が前面に出てくる」ような、国ないし自治体と民間団体等との協力関係を指す。先に見たように、「民営化」が、もともと国ないし公共団体が担っていた公共的事務を、組織・事務・責任の各段階で、事務内容とそれを規定する法規に依拠して民間が行うようになる、と定義されれば、公私協働との異同はそのかぎりで部分的に明らかとなる。つまりそのかぎり、民営化は「市民主導の公私協働」には該当しない。この意味で「公私協働」は「民営化」よりも包括的な概念とされる。<sup>(24)</sup>

公私協働の定義は論者によってさまざまであるが、<sup>(25)</sup>本稿では、ガバナンスのあり方を理論的に検討するために、さしあたりは「公私協働」を敢えて広く受け止めようと思う。そこでひとまず、「公私協働」とは、①公共的事務

を遂行するために、②国家的主体および私的主体の多様な主体が参加して、③事務の遂行に関与または決定を行い、最終的に事務を完遂すること、と考えておきたい。

## 1-5 国家論の再興？

### 1-5-1 ネットワーク社会

以上のような公的事務に係る多元的な主体による行政現象を、事務の「国際化」「民営化」という社会学的な描写と捉え、古典的な国家の縁取りがぼつれていくと診る法学説がある。その学説のなかには、国家と社会の区分、公と私の区分が「ネットワーク」のなかでどんどんとぼかされていくと認識するものがある<sup>(26)</sup>。この認識を前提として、しばしば「ガバメントからガバナンスへ」という標語が、行政学や公法学で使われることとなった<sup>(27)</sup>。つまりそのような標語を用いる論者は、「公権力」の従前の理解のように、「上から」の垂直的な支配・統治関係を強調する立場をとらず、公共的事務に私人が協働するといういわば水平的関係に焦点を当てている。

すると、公共的事務を担う主体が、高権的な公行政に限らず、委任された民間（私人）を含む場合には、事務の分担、情報や技術の調整、そして責任配分を整理しなければならない。かかる現代的現象を前にして、国家は全面的に後退していくのではなく、そうした複雑な問題を抱え、これを解消するために、社会と手を組んで公共善を実現しなければならなくなる。この観念は国内法のみならず EC 法、国際法にまで及び、多様な主体を統一的に把握する視点としての理論が考えられるようになっている。

その 1 つの学説傾向として、「ネットワーク」というカテゴリーが、ドイツ公法学のなかで承認されるようになってきた<sup>(28)</sup>。このカテゴリーは、これまで想定されてきたさまざまな講学上の「区別」を平準化するのだという。たとえば内政と外交、国家的主体と非国家的主体、公行政と私人といった区別を解消する現象に対応させるようにして、たとえばメラースは、ネットワー

クのカテゴリーによって、従来の区別をぼかしていく。つまり協働とヒエラルヒー、高権行為と私人の行為、フォーマルな制御とインフォーマルな制御といった区別をぼかし、その曖昧さをカテゴリーとして把握しようとする。<sup>(29)</sup> このように、現実の区別の限どりに相応するように、理論上もそれを受け止められるカテゴリーとして「ネットワーク」を使うことは、現実の「ハイブリッド」な組織を捉えられる利点となる。しかし他方では、これまで使い慣れてきた区別がどの程度、今日の問題を処理できているのか、ということも考えねばならない。<sup>(30)</sup> とすると、この新たなカテゴリーの法的な使用可能性と意義についてはまだ十分に明らかになっていない、ということになる。

ドイツ憲法学の現状が「ヨーロッパ法・憲法・行政法が相互に絡み合う中で、ここで突き付けられる新たな諸問題をも意識しながら、伝統的な『国家』概念に代わる新たな理論枠組みを探りつつある」ことであるという指摘は、この分野においても妥当するに思われる。<sup>(31)</sup> しかしそうであればなおさら、国家概念だけを追究するのではなく、社会状況を説明する理論が国家論には内包されなければならないだろう。<sup>(32)</sup> 法学的な国家像だけでなく、社会学的・政治学的な国家像をも同時に共通にまとめあげる一般国家学のような学際性がなければ、この現実に対応した国家論は完成しないのかもしれない。

### 1-5-2 保証国家

そのほかの比較的新しい学説動向として、私人による公共的事務の提供を保証する国家の理論として、「保証国家」論がある。<sup>(33)</sup> 保証国家は、国家による社会に対する規制という旧来からの手法ではなく、「社会の自己制御」と呼ばれる手法を採用し、それを統一的に把捉するための国家論的視座を準備する。この理論は、国家による責任の引受けのあり方について検討している。つまり、公共的事務を国家自体が行う場合の「履行責任 (Erfüllungsverantwortung)」と、公共善を実現するために私人と協働で行う場合ないし私人だけで行う場合の「保証責任 (Gewährleistungsverantwortung)」

を、国家が引き受ける仕組みについて考えている。<sup>(34)</sup> 公共善を実現させるために国家以外の主体を想定して、国家的主体および非国家的主体の間で責任を配当し、最終責任を国家が担う。<sup>(35)</sup> このような責任のメカニズムを作ることが保証国家論の目的である。たとえば、電気通信サービスをめぐって、公共善の実現が国家と私人によって分業され、非国家的事業者によって担われたサービス供給の基盤を保証する役割が国家に託されている。

組織法における国家は、電気通信事業から撤退したことになり、今や電気通信サービスが私経済形式のなかにある。すなわち、これまで独占によって特徴づけられていた市場に、競争原理が導入され、かつ供給の確実性が保障されねばならなくなっている。このような制度を構築する法制度は次のようである。

- ・市場への自由なアクセスという基本決定を基礎に、電気通信サービスを提供しようとするものはすべて、届出義務のみを課せられている。（電気通信法4条）
- ・より限定された領域、とくに中継路の事業については、認可をうける義務が存在する。（同法6条）
- ・認可の数は制限されうる。（同法10条）
- ・ユニバーサルサービス体制の内容と質の提供について、その詳細を画定することは連邦政府の命令に委ねられている。（同法18条）
- ・電気通信サービスの市場支配的供給者は濫用に対する特別の監督に服する。（同法33, 36条）
- ・細目は、私人の交渉と協定に委ねられる。（同法36条以下）

以上のように法制度は、合意に基づくもの、命令に基づくもの、計画の性格をもつもの、などとなる。

すると、この法制度における国家像は、給付国家としての国家や計画国家、規制国家といった従来の国家形式に当てはまらない。そこで「保証国家論」は以上の国家像を「責任分担」の観点から理論づけするのである。

## 1-5-3 保証国家批判

しかし保証国家論はメタレベルの国家論であり、その構想から直接かつ具體的な問題解決に結びつくわけではない。保証国家論が公法学に提示した理論としての実益は、いまのところ、せいぜい次の3点にまとめることができる。第1に、高位レベルでの諸主体間の行為の複合体を捉えることに着眼したこと。次に、そうしたネットワーク観念を、基本権保障や他の公法原理(社会国家、法治国家、民主主義など)とともに総体的に捉えなおす試みがあること。最後に、主体間の責任分担のうち、とりわけ国家の保証する責任に目を向けていること。これらは、公私協働の多元的な行政の事務遂行のあり方を制御する仕組みとして注目される。

本稿では、先述のように、こうした多元的な行政活動を制御する仕組みについて、保障国家論を参照しつつ、ガバナンスの法的構成としての「規律的調整構造(Regelungsstruktur)」概念を用いて、多元的行政主体の民主的正当化と責任配分を考察する<sup>(37)</sup>のである。というのも、以上のような多元的な行政を規律するには、統一的な視点をもった法理論もさることながら、それ以上に、多様な主体の民主的正当化と、国家を含めた主体相互間の責任分担の考察が必要だと思われるからである。そのためには、存在する実定法の該当条文の解釈を、単純な原因・結果の線形的な因果関係に還元してしまわず(いわゆる条件プログラム)、むしろ、法律の趣旨・目的を勘案したうえで、財政・組織・手続といった多様な法の態様すべてを考察の対象に組み込む仕組みを構想しなければならないと思われる。そうした全体的・総合的な思考過程をたどるために、ドイツ公法学で構想された「規律的調整構造」を本稿は使用する<sup>(38)</sup>のである。統一的視点としての保証国家論を形づくことに専念するよりも、むしろ本稿は、「主体の行為の正当性」を民主的正当化論から検討し、「主体間の責任分担」を調整過程としての法構造の観点から考察するのである。この条件が整えられてはじめて、ネットワークを形成する多元

的行政システムの協働統治のあり方（ガバナンス）を法的に構成し、規律できるのではないかと考えるからである。<sup>(39)</sup>

#### 1-6 「民主的正当化」と「責任分担」へ

ここで、なぜ本稿が、ガバナンスの法的規律の可能性と限界を検討するにあたって、「民主的正当化」と「責任分担」という2つの観点からアプローチを行うのか、について言及しておく。従来の組織法においては、政府の決定が内閣の指揮監督と総合調整を通じて、行政各部によって執行されるヒエラルヒッシュな図式が妥当していた。<sup>(40)</sup>しかし、現代行政ではしばしばこのモデルが通用しない。国家に情報などの資源が不足しており、他の資源が私人のなかで分散している場合、あるいは国家財政の危急のなかで、公的事務遂行を市場に任せる場合、そうした場合には、国家が集中的にすべてを管理することは不可能となる。その問題解決のために、国家と非国家主体がそれぞれ主体となり、各主体がネットワークを形成し、その構成員がそれぞれの保有する諸資源を交換する相互作用プロセスを経て集合的決定形成にいたる。<sup>(41)</sup>ガバナンス概念はここで必要とされることになる。「ガバナンス」は、統治の主体が国家だけではなく、非国家主体も参与することが前提とされ、それら多様な主体の協働行為に基づく、多元的な行政システムを想定した概念となる。

するとガバナンスに参加する非国家主体は、法律による与件が必要なのではないだろうか。そして、それらの多元的な主体の交錯する法現象では、責任の所在を明らかにする必要があるのではないだろうか。このような問いに答えるために、一方では、ガバナンスに参加する主体を、法律（立法者）によって事前に与件を与えるための法的構成について検討する必要がある。他方で、ガバナンスの主体の行為を事後的に統制するための責任について考察する必要もある。これは、行政統制のための、憲法上の民主主義原理と法治国家原理からの根本的要請なのである。<sup>(42)</sup>したがって、「ガバナンス」の法的

規律の可能性と限界を探るために、以下では、ガバナンスに参加する主体が必要とされる民主的正当化(2)と、諸主体による行為の責任をどのように分担すべきか(3)を検討するのである。

## 2 ガバナンスの民主的正当化

ガバナンスに参加する主体の民主的正当化の密度は、主体がもつ権限の大きさや責任の重大性にかかわる。ガバナンスにおいて、民主的正当化がどれほどの水準を確保すべきかは個別に検討を要すると思われる。

しかし、ガバナンスにおける民主的正当化についてとくに問題だと思われることがある。ガバナンスは行政と私人の協働を制度化することが前提となっている。しかし、たとえば私人による規範定立というガバナンスが行われれば、法律による規範定立が私人によって篡奪される危険性があること、(ガバナンスに特有の問題ではないものの)専門化による知の分散を理由として、専門家による規範定立にいたることが、民主的正当化の密度を下げる<sup>(43)</sup>ことになりはしないか、という問題が考えられる。

そもそも、非国家的要素を含んだ諸主体は公的事務を遂行する正当な権限をもつのだろうか。ガバナンスの法的規律を考える前に、この点を審査する必要がある。ここでは、これを、民主的正当化の観点から検討する。

### 2-1 従来の民主的正当化ドグマティク

これまでの民主的正当化ドグマティクは、正当化客体と正当化主体とを区別して対象を明確化し、その両者を民意の「鎖」によってつなげる、という手法をとっていた。<sup>(44)</sup>正当化の客体を「あらゆる種類の国家権力行使」や「決定の性質をもったあらゆる職務上の行為」<sup>(45)</sup>と定義し、客体に該当するものとして、連邦・ラント・ゲマインデ・自治体・その他あらゆる公法上の法人が想定されていた。<sup>(47)</sup>これに対して正当化主体は、基本的には、国籍保持者としての「国民」と考えられ、<sup>(48)</sup>通説も判例も「ドイツ連邦共和国の国民(Sta-



atsvolk)」にとどめていた。連邦憲法裁判所は、「国家権力の行為は国民の意思に還元されねばならず、国民に対して責任を負わねばならない」として、正当化の主体と客体を結びつけるために、機能的・制度的、人的・組織的、事項的・内容的正当化という3つの構成要素を考えた。それぞれの構成要素の点で、「鎖」をつなげるように民意を伝達する仕組みを想定していたのである。

## 2-2 民主的正当化論の新展開

この従来のドグマティックと画するように、正当化主体の多元性が判例のなかで認められるようになった。郡と市町村の Volk も明確に正当化主体になった。<sup>(51)</sup> 連邦行政裁判所は、従来の連邦憲法裁判所判例に厳格にしたがっていたのに、連邦憲法裁判所自身が自らの判例法理とそれにしたがった連邦行政裁判所の見解に抗ったのである。<sup>(52)</sup>

新たな正当化ドグマティックのなかで特筆すべきは、従来の正当化形式（制度的、機能的、事項的・内容的、人的組織的正当化）以外の正当化の意味が探究され、その結果、「正当化の水準」を確保するための「実効性」という観点が導入されたことである。<sup>(53)</sup> また民主主義原理の性質の理解が変更され、<sup>(54)</sup> 「民主主義」の解釈がより広義になったと見ることができる。

正当化主体については、国籍保持者としての国民という理解から、「あらゆる者の自己決定」を基点として、多様な正当化主体をみとめる可能性を開いた。これによって関係人による自律的正当化という、従来の民主的正当化を補充する構想が考えられている。

以上のように、これまで、行政の執行のために民意を注入するというインプット正当化を主に民主的正当化として考えていたが、近年の行政の現代化・経済化のなかでは、<sup>(55)</sup> 実効性や成果主義の観点が、「正当化水準」というキーワードを媒介にして、民主的正当化の観念に入り込んでいる。つまり、一定の「民主的正当化の水準」を確保するためには、一方では、議会（法

律)による支配の正当化という形式的な正当化が不可欠であるが、他方で、事務遂行の実効性や成果を重視する実質的な正当化の観点(いわゆる「アウトプット正当化」、「アウトカム正当化」)も必要であると考えられるのである。<sup>(56)</sup>

## 2-3 ガバナンスにおける民主的正当化

### 2-3-1 制御理論とガバナンス論

ドイツの公法学のなかには、制御理論(Steuerungstheorie)がすでに民主的正当化にとって不完全な理論にすぎない、と判断してガバナンス論を導入する学説がある。社会学に由来する制御理論を、法学が受容できるのかどうかについて議論しはじめたのも、近年のことなの<sup>(57)</sup>に、公法理論は政治状況の変化に応ずるように次々と新たな展開を見せている。

「制御の観点はたしかに、議会法の憲法上の意味からすれば、公法にとって親和的なものであるだろう。それにもかかわらずわれわれには、制御の観点で見てしまうと、立法者が『非現実的な観察者』であるという考え方が続行されてしまうように思われるのだ。つまり、このような見方は、たとえば法律拘束という構想、立法作用にとどまらない議会の多様な統制能力という構想、行政の正当化という構想、他者制御と自己制御の行政機能という構想、法適用の法産出の側面、法律の留保と本質性理論の展開といった適切な諸構想を、むしろ失わせるものなのである。<sup>(58)</sup>」この主張は、おそらく多くの学説が異議を唱える性質のものである。というのも、一方では制御論が「法律の機能不全」や「民主主義の赤字」という欠点を乗り越えるために登場してきたときに、制御論では法学の議論が構成できない、と言っていた伝統的公法学者が、<sup>(59)</sup>制御論からさらに進歩的な、伝統的法学からますます離れるこの議論に疑念を抱くだろうからである。また他方では、制御論の論者からは、法学は制御主体と客体の構成によって成り立つのであって、主体と客体の帰属を曖昧にする「構造」把握ということは、法学にとっては今のところ

必要ない、という議論があるからだ。<sup>(60)</sup>

それでもドイツ公法学の一部の学説は、ガバナンスを規律的調整構造（Regelungsstruktur）概念の構想として、法学に受容させようと試みている。<sup>(61)</sup>なぜなら、制御論が前提としている立法のモデルでは、規律対象が多様性、動態性、複雑性のなかで、立法に必要な知を集積できない、と考えるからである。国家はもはや領域的・歴史的な統一体を表象する主権的な決定者ではなく、不完全な情報の保持者にすぎないとされる。<sup>(62)</sup>すると、立法者や行政の役割は、変動している知の状況に対して、観察、協働、修正を行うこととされるようになる。つまり、知の変化に目を配り、いろいろな領域との協働を通じて、常に新しい情報を更新していくことが国家の役割とされる。

では、民主的正当化についてのドグマティックはどのように構成されるのだろうか。

### 2-3-2 ガバナンスにおける民主的正当化ドグマ

ガバナンスがヒエラルヒーに基づく民主的正当化の手法を使わず、その上、ヒエラルヒッシュな民主的正当化の連鎖の過程を阻害するのであれば、なおさらガバナンスには緊急に、適切な正当化の基礎づくりを求められることになる。<sup>(63)</sup>私的主体によって公共的事務が遂行されるガバナンスにおいて、私人による事務遂行を無制限に認めるならば、結果的に国や公共団体が、民主主義原理の拘束から免れることになってしまう。<sup>(64)</sup>そこで、このような私人による事務遂行については、民主的正当化の要請を受けると考えられる。

正当化問題はこの場合、インプット正当化という従来型の民主主義連関に、いかなる主体を組み込まねばならないのか、という問題となる。いずれにせよ、ガバナンス論は、アウトプットを重視する傾向をもつ。しかもドイツの場合は、EUの民主化の動向と比較すると、ますますアウトプット志向の強さが際立つと認識されている。「EUでは、民主的インプット正当化という『真正』な民主的正当化の構造を作り出そうとしているが……、他方で

ドイツでは……内容的・人的正当化の不断の『連鎖』というモデルを越えた正当化の諸要素に反対する解釈論がたてられている。しかし、この防壁としての主張はもはや原理的には克服できないと思われる<sup>(65)</sup>。」

たとえばホッフマン＝リームは次のように述べる。「合法性 (Legalität) はたしかに規範による正当化の最低条件 (必要条件) である。しかし法におかれた多くの行為の余地を考えれば、多様な作用次元と諸主体をもつ複雑な制御調整のなかでの実質的な正当化要素としては、合法性は十分ではない。とくに、民主的に正当化された立法者の行為を、法的に承認された責任連関の直接的な追認によって裏づけようとしても、それは必ずしも常にうまくいくわけでもないし、十分でもない<sup>(66)</sup>」。民主的正当化は、法律によって形式的に行われるだけでは十分でなく、さらに、それを補完するために、たとえば「透明性」、「インプットの適正 (利益衡量、関係人の参加)」、「手続的正義」、「機会の平等」、「予期の安定性」、「アウトプットの適正 (結果の適正、品質保証、影響力の立証)」、「成果の統制 (モニタリング)」などの諸要素が考慮されなければならない、というのである<sup>(67)</sup>。

結局、正当化の構成要素は、インプットだけでなく、以上のアウトプットやアウトカムといった多様な諸要素を承認せざるをえなくなる<sup>(68)</sup>。この観念は、法律構成としては、近年の判例と学説によって展開されている「正当化の水準」の構想に基づいて展開されることとなる<sup>(69)</sup>。つまり、民主的正当化の水準という観念が、実体法、組織法、手続法の各局面で結びつき、それらの法規範プログラムが、ヒエラルヒッシュな民主的正当化の不足を補充する。

このように、民主的正当化を、アウトプットといった実質的な要素から補充しようとする傾向のうえに、ガバナンスに参与する主体の民主的正当化が構想される。本来国家に事務遂行の責任が課されている領域に、私的主体が参与する場合、その私的主体は高権的な権力行使を行うか、あるいはそれに相当の影響を及ぼす行為を行う。そのようなガバナンスにおいては、本来国家が行うべき領域から派生的に「正当化責任」が私的主体に課されることに

なる、と考えられている<sup>(70)</sup>。

こうした問題意識を共有するなかで、民主主義原理の解釈論として、たとえばメラースは次のように考える。

「〔論争的な民主主義原理の解釈のなかで〕その解決のカギは、正当化水準の理論を次のように正しく理解することにあるだろう。つまり、基本法20条2項1文は何ら純粋な組織法規範を示しておらず、はじめから多様な実体法、手続法、組織法の内容を相互にむすびつけている、という理解である。……正当化にとって決定的に重要なのは、立法府と政府が、行政の決定に影響を与えられることであり、それは立法者が、いかなる規律の次元を使うのかとは関係がない。だからといって正当化水準の議論が、方法論上問題ない、ということにはならない。なぜなら、正当化にふさわしい実体的規律を決定することは、個別の事例においては、指揮命令を参照するよりもずっと難しいだろうからだ。」「もっとも、独立した組織法の規律内容をもった規則があれば別である。……もしたたとえば基本法87e条3項3文2が、鉄道企業のインフラストラクチャーに対する持分の過半数を維持しなければならない、と連邦に義務づけていれば、この連邦の義務は企業の他の実体的な義務と代替できない。」<sup>(71)</sup>

行政作用の実効性や成果といった、法律の規定以上の実質的な要素を、「正当化」の補充的要素としてみとめていくことには、議会と政府の決定が行政に与える影響力を重視するかぎりでは首肯できる。それは、法律によって十分には規律できない行政分野に対する実質的な「民主的正当化」になるからだ。しかし他方で、「正当化基準」として、いかなる場合に実質的な正当化要素をみとめることができるのか、あるいは、みとめてはならないのかは、方法の問題として、整理し検討する課題は大きく残されている。<sup>(72)</sup>

### 3 責任分担としてのガバナンス構想

#### 3-1 ガバナンスと規律的調整構造

### 3-1-1 ガバナンス概念の学際性と法学への受容

ガバナンスは、経済学、政治学、社会学といった社会科学で使われてきた学際的な概念である。<sup>(73)</sup>では、この学際的な概念を、法学は、どのように受容したのだろうか。そしてまたこの概念を使うことに、いかなる法的意味があるのだろうか。それがここで考察する問いである。

経済学では、市場における財の配分の条件を構造的に把握するために用いられていた。<sup>(74)</sup>つまり、市場と組織における主体の相互行為を調整するための構造把握である。この場合のガバナンス構想は、さまざまな規律形式を分析するものだった。契約、ヒエラルヒー、ハイブリッドな組織形式、ネットワークといった規律形式である。このような諸主体の行為を調整するために「ガバナンス」が使われる。つまりここでのガバナンスの意義は、法律や契約によって規律されえないインフォーマルな主体間の分析や、不完全な情報を共有する制度を視野に入れる分析枠組の提供にある。これは制度経済学と結びついて、契約や組織といった制度による調節が研究対象となる。

社会学の場合は、経済学よりもずっと広い意味をもち、国家的主体と私的主体を含めた社会全体の統制の道具として、あるいは社会全体が学習していく過程の分析手段として使われる。また政治学においては、2つの局面において使われる。一方は国際関係であり、他方では国内における協働現象についてである。さまざまな主体の行為を調整するという点では経済学と類似の性質をもっている。ヒエラルヒー、競争、交渉システム、ネットワーク、社会の合意形成といった制度的な規律メカニズムが考察される。

結局、学際的意味でのガバナンス概念は、次の3点に集約させることができる。<sup>(75)</sup>①社会、国家そして超国家の次元における主体間の相互行為をマネジメントする目的の調整機能をもつ。②相互行為の調整は、諸主体の行為が影響を及ぼす制度化された規律構造に基づいており、市場、ヒエラルヒー、協働、ネットワークといったさまざまな規律形式の複合を前提としている。そして、③調整や統治の過程は、国家と社会の限界といった組織上の限界を超

える。

こうしたガバナンス概念が法学の議論に持ち込まれたとき、トゥルテーによって、「規律的調整構造（Regelungsstruktur）」の概念としてとりいれられた。そしてこの規律的調整構造という概念は、国家と社会の諸主体の相互行為と事務分担を把握するための概念とされた。<sup>(76)</sup> この概念は、問題解決のために必要な法規範の多様なプログラムである、該当する組織、その組織のもつ知の状況、人（人員配置、身分等）、手続といったプログラムを特徴づけるものとなっている。すると結果的に、この概念は、国家と私的主体の協働の領域で、ヒエラルヒー、市場競争、交渉システム、ネットワークといった行為調整の形式に関心を寄せていく。この規律的調整構造のなかで、発生する問題が法によってどの程度制御され、刺激を与えられるのか、といったことや、あるいは、法によって扱いきれない問題を解決する能力が、どのように埋め合わせられるのかということを、「規律的調整構造」は構想している。<sup>(77)</sup>

もともと、規律的調整構造が法学の議論に導入されたとき、その目的は、国家の規律と社会の自己規律との混合形式を記述することにあった。そのため、規律的調整構造は、国家的主体と私的主体を包括する事務遂行の連関に対応させる機能をもたせられているのである。つまり規律的調整構造の構想は、諸主体、行為、制度の関係を主題化する分析枠組である。<sup>(78)</sup> この構想の問題意識は、「従来のドグマティックのカテゴリーでは公的主体と私的主体の共同行為を十分に捉える事ができない」ということであつた。<sup>(79)</sup> この場合の「従来のドグマティック」が念頭に置いているのは、「制御理論」であつた。<sup>(80)</sup> 制御理論のパラダイムは、行為の主体と客体という、制御主体の存在を理論の中心に据えて構成したものとされる。この構想それ自体は、日本の議論にとってはむしろ馴染みやすい議論であつた。つまりあらゆる行政の行為形式を「制御」ということばで包括して、社会学的に、行政の活動とその名宛を記述する理論だったのである。この制御理論自体が日本ではまだ十分知られているとは言えない状況だが、ドイツでは、ガバナンスないし規律的調整構

造の構想を通じて、その制御理論を乗り越えようとしている学説状況にある。

「ガバナンスへの転換は、さまざまな次元でのさまざまな国家的主体と非国家的主体による社会の多元性、動態性、複雑性へのリアクションのなかで規律が行われ、その各分野に応じたさまざまな形式と措置によって規律が行われ、それによって、もはやかならずしも制御主体には重要性が見出されない、という洞察の結果なのだ。」<sup>(81)</sup> こうして、分析の対象となるのは、もはや制御する主体だけではなく、主体が規律のために協働する規律的調整構造と<sup>(82)</sup>される。<sup>(83)</sup>

### 3-1-2 ガバナンスの法的構成へ

ドイツ公法学のなかには、ガバナンス概念の法的構成を試みるものがある。90年代には、それは主に「法関係論」として議論されていた。<sup>(84)</sup> 法関係論では、法主体間の合意形成を目指し、形成された法関係の国家法への組み込みという「調整原理」が問題とされた。<sup>(85)</sup> その後、制御の主体性を中心に据える議論に疑義が示され、近年では、法関係における法主体間の調整を試みるのではなく、法主体間の法的地位としての法関係論は残しつつ、むしろ法関係論の発展として展開された法主体間の責任分担としての「規律的調整構造<sup>(86)</sup> (Regelungsstruktur)」が検討されるようになった。

これまで国法学が国家と社会の区分を前提にして議論していたのに対して、規律的調整構造はむしろ、その両者を交錯させたくて、諸主体の布置関係を記述することに意義がある。すると規律的調整構造は、ドグマーティクとしてどのように構成される可能性があるのだろうか。

ドイツの行政法学の一部の学説は、規律的調整構造を、体系学としての行政法ドグマーティク<sup>(87)</sup>によって構成しようと試みている。つまり、「構造」の要素としての組織、手続、人が、行政決定の前提とされる。もはや「国家による事務遂行」という形式が消されて、その代わりに、協働の形式によって制度的な調節を基礎とした事務遂行のための構造が考えられるべきだとされ



る。この構造レベルでは、組織法と主体間の調整の手續に関心が強まる。しかし同時に、主体の行為、知の蓄積が決定の条件となるため、制度的な調節のなかでは、いわば体系的な目的論による分析を通じて、規律的調整構造が構成されるべきだとされる。<sup>(88)</sup> 国家的主体と私的主体の協働は、多様な法規範が交錯するなかで行われるため、それらの法規範の適用の調整と、主体間の行為の調整が行われなければならない。それゆえ、規律的調整構造は、たんに法主体を中心に構成する制御理論から離れていき、法規範の諸プログラム（組織、手續等）とそれに基づく規制・制御の態様、そしてさまざまな法主体の間を調整する「構造」に着目したのである。

「国家による事務遂行」の形式を消す、という大胆なパラダイム転換はあまりに激しい手法であるが、実は、規律的調整構造によってガバナンスを構成しようとするこの論者は、それだからこそ一層、慎重に理論を組み立てようとする。「法学（とくに行政法学）は社会の行為調整という任意の形式を法学の分析の直接の対象にはしない。そのかぎり、ヒエラルヒー、競争、ネットワークといった、ガバナンス論で分析のサブカテゴリーとして利用される行為調整の態様は、そのようなものとして法学の分析対象とはなっていない。……法学はやはり、法学の範囲内で特定のコミュニケーション関係と諸行為の関係、そして最終的には決定を形づくる諸制度の一部である規範連関に焦点を当てる。」それに、法学以外の社会科学で行われているガバナンスの議論に登場する「市場、ヒエラルヒー、ネットワークという態様は、法学の分析にはまだあまりに粗い」<sup>(89)</sup>と考えている。

そこで、ヒエラルヒーや競争などといったサブカテゴリーを分類することで、それらを規律の対象とする試みが重要であるとされ、それによって他の社会科学と法学との分析枠組の相互交流ができるのではないか、と提案する。たとえば、大学改革の分析のために提案されたガバナンスのメカニズムというのは、国家による大学に対する規制、国家的主体・ハイブリッド的主体・私的主体と業者による外的制御、大学の自治組織、大学内部と大学間の

競争メカニズムの制度、そして大学のヒエラルヒッシュな自己制御によって作られていた。これらのガバナンスのメカニズムは、一貫して法律ないし規則によって構造化され、そのかぎりで法学の対象となるサブカテゴリーに分類できた。そうした法的規定があってこそ規律的調整構造の作用を把握することができる。<sup>(90)</sup>つまり、逆に言えば、法的な規定がもともと存在しない限り、ガバナンスの解釈論としての法律構成は難しいことになる。

しかし、法学の対象をそうした規範連関のみに限定することは、非法的な調整形式を分析するための考察ができなくなる、ということまでも意味するわけではない。公共の利益を達成させるための協働行為を、法学も考察の対象に含めなければならないからだ。ガバナンスの制度的な調整という視点は、「成果志向」の法学とパラレルになる。<sup>(91)</sup>法学は、一方では成果や効果を考慮しており、<sup>(92)</sup>他方で非法的な行為の調整を勘案するものとされる。<sup>(93)</sup>「法律—執行」という単純な行政法モデルが、多様な行政決定を部分的にしか把握できないと認めるのであれば、行政法学の方法は、適法や違法といった判断では包摂できない問題を考慮するように努めなければならない。<sup>(94)</sup>そうすると、法適用においては、事案の状況に応じて、すべての諸利益を把握し、それらを客観的に衡量することが求められるのである。<sup>(95)</sup>つまり、このような実質的な諸要素を衡量する仕組みが法学の思考過程に取り入れられるように、<sup>(96)</sup>規律的調整構造が考えられるようになったといえる。

### 3-2 規律的調整構造の特徴と保証責任

#### 3-2-1 規律的調整構造の特徴

規律的調整構造(Regelungsstruktur)の特徴とは、何だろうか。公法上のガバナンスにおける「責任分担」を考えるには、この特徴を明らかにすることが出発点となる。そこで、その特徴を簡潔に整理すると、①公共的事務の結果を確保するための規律、②主体の多元化、③行為形式の多様化、④主体間およびそれらの行為の諸形式の間の関係性の構造把握という4点を挙げ

ることができるだろう。国や公共団体だけでなく、それらが設立した法人や民間の認可法人なども公共的事務を遂行する主体となる。また、行政作用は、多様な行為形式によって行われ、行政処分だけでなく、行政指導、協定、契約などの非権力的行為や事実行為が複合的に行われることもある。そうすると、多元的な行政主体の間で、行政処分、行政指導、契約、市場競争など多様な行為の形式が使われて、その規律的調整構造は複合的で複雑な仕組みを形成する。

こうした規律的調整構造（ガバナンス）の構造的な特徴に目を向けると、規律的調整構造の概念を使う利点は大きい。従来は、個別の行為や行為形式を考察の中心に据えて、その規律のあり方を探っていた。しかし、多元的に行政が成り立っている場合は、そのガバナンスを考察するには、個別の行為や行為形式だけではなく、複合的な行政の主体とその行為の多元性を、全体的な観点から分析できる規律的構成構造が有用なのである。この全体的観点から見るという発想は、解釈論において、該当法規の文言解釈だけでなく、その趣旨・目的、および関連法規といった全体を見る仕組み解釈と同様の考え方にあると言えよう。しかしそれだけに、規律的調整構造を分析し、その規律構造を明らかにすることは一層難しい。とくに法律の規定が不確定である場合、権限委任が明確でない場合などは、明確性原理に反することとして、あらかじめガバナンスのあり方の瑕疵として取り除かれておかねばならない。

国家だけでなく、私人も公共的事務を行う規律的調整構造の場合、責任の問題は、2つの異なる次元で現れる。第1に、私人が公共的事務を行う場合、その公共的事務が確実に遂行されるために行うべき国の責任（Verantwortung）である。いわば公私協働における国家の役割であって、これが「保証責任」論として議論されている（3-2-2）。他方、私人が公共的事務を遂行したか、遂行の過程に参加した結果、第三者私人に損害が発生した場合の、国または公共団体の責任（Haftung）である（3-3-3）。

### 3-2-2 保証責任

国家の保証責任を考える際に、手本となるのが、郵政、航空管制の有限会社化、そして鉄道<sup>(97)</sup>の民営化である。

連邦憲法裁判所が言うには、憲法は、郵便サービス提供の無制限な市場競争原理を確約したわけではない。むしろ基本法87f条によって予定された規律体制は、市場経済の競争へのサービスの完全な開放ではなく、基本法87f条1項の保証構想に競争を組み込むなかでのみ、開放したのである。<sup>(98)</sup>

鉄道の民営化は、失敗した航空管制の民営化と同じ運命をたどるおそれがある。<sup>(99)</sup> 憲法は鉄道制度にも基本法87e条3項と4項で保証体制を敷いている。したがって、連邦は少なくとも私法形式における経済企業に対して過半数の持分を有していなければならず、半数以上を有する大株主のもつリスク回避義務の権限（Ingerenzbefugnisse）も行使しなければならない。同時に、一般の利益のために連邦に課された保証任務に適合するよう、内外の影響力の行使権限を発動せねばならない。

これらの分野で見られる責任は、郵便事業においてはサービス提供の保証、航空管制においては安全に関する事務の保証、そして鉄道についてはインフラストラクチャーの整備の保証について国家に責任が課せられる、と考えられる。たとえ基本法87d,e,f条などの憲法の保証構想がなくとも、国家<sup>(100)</sup>には保証する責任が基本権保護義務から構成されると考えられている。

では、規律的調整構造のなかで国家の保証責任はどのように考えられるべきなのか。

保証国家論として広く捉えられる場合に考えられる国家の保証責任とは、「責任段階論」<sup>(101)</sup>と呼ばれる理論である。公共的事務に私的主体が組み込まれたガバナンスにおいて、公共善を実現するものに向けられた行政責任は、「履行責任（Erfüllungsverantwortung）」、「受け皿責任（Auffangverantwortung）」、「保証責任（Gewährleistungsverantwortung）」と段階づけられる。履行責任とは、行政権限、義務そしてその他の行政目的の実現の

ために履行する責任を指す。受け皿責任は、履行責任とは対極に立ち、私人によって十分に履行されない場合や不履行の場合に、行政が補的に履行しなければならない、というように、行政に「リザーブ機能」を課すものである。保証責任は、この履行責任と受け皿責任の間におかれ、公共的事務が私人によって公共の利益にかなうように履行されるよう、法律規定の枠内で目指すための国家の権能と義務を指す。

### 3-2-3 保証国家における責任の問題

このように国家が保証責任を負うとしても、問われなければならない問題が残る。履行責任によって事務の履行が国家に押し戻される見込みがある場合や、国家が先回りして措置を講ずるような場合に問題になる。また、私人による履行が所管官庁の監督下にあっても、法律によって予定された目標や、契約によって合意を得た目標が持続的に達成されるかどうかは不確かである。このように、もともと国家がもっていた事務を再び国家が奪回するという選択（Rückholoption）による「国家のリザーブ機能（Reservfunktion des Staates）」が問題となる。<sup>(102)</sup> フランツィウスによると、「奪回による保証がみとめられるかどうかは、多くの理由から疑わしい」。たしかに、民営化の目標がうまく達成されない場合もある。しかし原則的に、事後的な制御（Nachsteuerung）の手段は法律による根拠を必要とするし、しかもその法律も、給付の提供者と受給者との間の利益対立を克服しようとするものでなければならない。むしろ規律の必要が膨らんでいき、国家による補充措置がありふれるようになる。

施行されはしなかったものの、たとえば、航空管制法はこの奪回機能をもっていた。だからもし施行されていたら、私法上の権限（Ingerenzrechte）と、それに対する連邦の実効的な統制権限との関係の不一致が強調されることになっていただろう。つまり、航空管制の民営化では、民営化された後の私法上の組織の活動に対して、連邦意思が「実際につねに貫徹できる」のか、という問題があった。こうした問題をたてることは「連邦に必要とされ

る影響可能な法的権限(Ingerenzrechte)の憲法上の根拠を指摘するだけでなく、民営化された航空管制を法律によってつくりだす際に、法の必要で実効的な有効性に、適切にも注意を向けさせるものである。連邦の行政法上の監督権限についても、社会法上の支配可能性についても、連邦意思は実際につねに貫徹できなければならないのだ。なぜなら、その場合にだけ、影響可能な法的権限(Ingerenzrechte)の実効的な遂行可能性を語ることができる<sup>(104)</sup>」。

フランツィウスによると、国家が保証する責任は、抽象論として語っていても無意味であるし、そもそも高権的なリザーブ機能が常に、事務遂行を絞め殺すかのように作用しているわけではない、という。事後的な制御(Nachsteuerung)の見通しは、私的主体の負担を軽減することになるし、しかもそれは私的主体に任せてしまわない、<sup>(105)</sup>ということを促している。もちろん国家が自分の力でもう一度復活する、ということに関する評価は分かれるのであって、「保証責任が存在する限り、社会による不完全履行の場合の実効的な奪回選択を含むかどうかは、規範的には個別的に解明されねばならない」とフランツィウスは結論を個別問題に留保する。

### 3-3 規律的調整構造における第三者の権利保護

国家が負うべき保証の「責任」は、手続、組織、行政救済制度のそれぞれの局面に分けて考えられる。手続法および組織法においては、法律に基づく規律が前提となり、個別事案における立法政策の問題となる。これに対して行政救済法上の責任は、現行の行政争訟および国家補償の制度のなかで、いかなる責任分担が想定されるべきか、を考察する必要がある。保障責任(3-2-2)を課された国家には、当然に救済法上の責任も負うべきだと考えるべきであるが、法的にそれがどのように構成されるべきかは課題が残されている。

#### 3-3-1 組織法における責任

まずは、ガバナンス構造の枠組を形づくり、その枠内における主体間の責任分担を組み立てねばならない。<sup>(106)</sup>これは組織法の問題範疇である。まずは、委任の可否の問題（a）、次に委任行政の監督（b）を扱う。

#### （a）委任の可否

委任行政のなかでもとくに、事務の委託ないし代行する内容が公権力の行使にかかわる場合は、憲法上の根拠が示されねばならないだろう。一般論としては、国民主権原理を前提として、国に権力が独占的に集中することが原則となっている。<sup>(107)</sup>ただし、日本では明文において、そのような権力行使に関する国家独占の原則はない。しかし、国家から自由な存在の個人を承認する人権保障規定と国民主権原理が採用されているという憲法上の諸原理、および、内閣の指揮監督権限が行政各部に行使されること、自力救済の禁止が原則であること等の憲法の仕組みを総合的に判断すると、日本でも権力が国家に専属していると推論できる。そうすると、公権力の要素のある事務を、私人に委任ないし代行する場合は、基本的に公行政による監督が付されなければならない。そのように考えなければ、憲法上の人権保障、および行政法上の権利救済はかなわない。しかし、組織法上の位置づけと司法的救済の国家の位置づけが完全にイコールであるのかどうかは、まだ解明を要する事項である。

#### （b）委任行政の監督

行政組織による私的主体に対する指揮監督という観点から見た場合、指揮監督が私的主体の行為についてなされるならば、行政組織外部への介入となり、過度の介入の禁止、法律の留保の原則、そして私的主体の出訴権を認めなければならない。協働行為における私人の行為は、公共的事務にかかわるといっても、基本権を保有する主体として常に活動していることに注意が必要である。この点で、公私協働における国家と私人との関係は、法的に完全な対等関係とはなりえない。<sup>(108)</sup>民営化された私的主体は、行政組織法に服するのではなく、私法上の規律に服することになり、公行政が作用するのは、私

法領域で活動する私的主体の監督において、ということになる。<sup>(109)</sup>たとえば私的主体の行政による監督権限の限界は、本稿1-2-2の航空管制の高権の事務の民間委託について見たように、事務を遂行する組織の民間委託には厳格な要件をたてておかねばならないだろう。

### 3-3-2 行政救済法における責任

国や公共団体が指揮監督権を保持する場合は、その法的根拠づけと、監督権が公行政にあることからする救済法上の責任が考慮されねばならない。それゆえ、責任構造を規律する仕組みとして、救済法からの視点も考察に不可欠である。もっともここでは、それを十分に展開する余裕はなく、その視点の重要性を指摘するにとどまる。とりわけガバナンスのもとらす第三者私人の権利救済をどのように考えるべきかは問題である。

この点につき、ドイツ公法の実務上、議論の巻き起こったのが、電気通信法における負担料による規制（Entgeltregulierung）の決定についての問題である。同法132条以下の決定手続に従って行われる規制は、行政手続があることを理由にして、裁判の統制密度を引き下げることになる。これは、決定委員会の組織とその手続の特殊性に由来しているという。<sup>(110)</sup>この特殊性は、当該委員会の決定につき、裁判所に対する再審査請求を認めている。さらに当該決定は、決定委員会を設置する連邦ネットワーク庁の上級行政庁である連邦経済技術省によっては、法的に取り消されることがなく、同法117条の公開性義務があることを理由として、決定委員会は上級庁からの指揮監督から自由な位置にある。これらの行政手続上の特殊性から、行政訴訟の統制密度はかなり限定的に捉えられている。<sup>(111)</sup>

このように、ガバナンスにおける裁判所による権利救済制度は、手続法と組織法の規定との関係のなかで、条件づけられることになる。

日本でも、国賠法上の「公権力の行使」の要件をめぐる、ガバナンスの責任構造に対して、最高裁による判断が近年提示されている。国または公共団体以外の被用者が第三者に損害を加えた場合について、公共団体に対する



賠償請求を是認したものである。「当該被用者の行為が国または公共団体の公権力の行使にあたるとして国または公共団体が被害者に対して同項〔国家賠償法1条1項〕に基づく損害賠償責任を負う場合には、被用者個人が民法709条に基づく損害賠償責任を負わないのみならず、使用者も同法715条<sup>(112)</sup>に基づく損害賠償責任を負わないと解するのが相当である」と判示している。つまりこの場合、責任を負うのは、もともと公的な権限を有していた行政主体であるとされた。しかし、このような判決が提示されはしたものの、事務が本来、国や公共団体に帰属するか否かは判断が難しい<sup>(113)</sup>。

公私協働や民営化において、第三者私人がいかなる場合に救済されるのか、については立法上の課題であるし、裁判例の積み重ねも日本ではまだ十分に知らない状況である。たとえば、私人による行政執行の国賠制度における救済の可能性は、「国または公共団体」とみなされる場合か、あるいは協働している私人が「公務員」とみなされなくとも、公共的事務を遂行する主体となっている場合であるが、ともに大きな課題が残されている。というのも、前者の場合は、委託契約に基づく私人による公共的事務の遂行であり、この場合は「公権力の行使」の要件に該当するのか、という訴訟論が論題となる。他方で後者の場合は、これまでの国家賠償法の解釈論だけでは十分に捉えきれない問題領域であり、私人によって公共的事務が行われているにもかかわらず、その主体を国賠法1条にいう「公務員」として捉えることが困難な問題となる<sup>(114)</sup>。さらに委託契約の場合には、受託者が国賠法1条の「公務員」に該当するのか、が問題になるが、「公権力の行使」が私人に委託された場合の私人ないし民間団体の構成員は「公務員」に当たるとされているもの<sup>(115)</sup>の、受託者としての私人個人に国または公共団体が求償権を有するのかは定かでない。

また、国賠法1条における「公務員」の要件をとくに重要視しなくとも、「公権力の行使」であるかどうかだけが、国賠法1条の解釈論にとって決定的な意味をもつと考える学説も有力である<sup>(116)</sup>。つまり、「公権力の行使」に該

当するのであれば、もはやその主体の地位をとくに問う必要はない、と考える学説である。また、公共的事務を委託された私人の活動について、当該私人と国や公共団体との間で指揮監督関係があるのかどうかで判断をすべきだ<sup>(117)</sup>という重要な見解もあり、判例も学説も多様であり、今後の探究を要するものとなっている。

#### 4 おわりに

本稿では、ガバナンスの法的規律のためには、一方で公共的事務に関わる主体の民主的正当化を、他方で、当該主体の行為に関する責任分担を規律すべきである、と考えてきた。組織や手続に重点が置かれた法律や手続による与件を、民主的正当化論として用意し、他方で、事後的な責任の履行を法的に構成すべきであるとしたのである。これらをより緻密に準備できれば、それによって作り出された規律的調整構造(Regelungsstruktur)は、ガバナンスを法的に規律することができる、と言えるだろう。

冒頭で見たように、日本でも「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律」が、契約的手法に基づく公私協働のあり方を実定法によって作り出した。もっとも、同法2条4ホ「その内容及び性質に照らして、必ずしも国の行政機関等が自ら実施する必要がない業務」や同条5「特定公共サービス」については、その範囲を法律の特例を個別に定めるという立法政策に委ねられると考えられるため、ますます、憲法・行政法上の諸原理によって、法の仕組み解釈を行う準備が必要となっている。その必要性を鑑みると、結果的に、本稿はその仕組みのための大きな枠組として「ガバナンス」(＝「規律的調整構造」)を概観したにすぎない。

流行の「ガバナンス」や「ネットワーク」といった一般的で広範な意味をもちうる概念をあえて使って、法的な責任構造が曖昧になることは避けるべきである。そのためには、どのような規律的調整構造を考えるべきなのか。手続、組織、司法救済のそれぞれの局面と、それら相互の関係性という、構

造的な把握こそが求められているのである。

（１）人見剛「公権力・公益の担い手の拡散に関する一考察」公法研究70号（2008年）174頁以下。

（２）同法第1条「この法律は、国の行政機関等又は地方公共団体が自ら実施する公共サービスに関し、その実施を民間が担うことができるものは民間にゆだねる観点から、これを見直し、民間事業者の創意と工夫が反映されることが期待される一体の業務を選定して官民競争入札又は民間競争入札に付することにより、公共サービスの質の維持向上及び経費の削減を図る改革（以下「競争の導入による公共サービスの改革」という。）を実施するため、その基本理念、公共サービス改革基本方針の策定、官民競争入札及び民間競争入札の手続、落札した民間事業者が公共サービスを実施するために必要な措置、官民競争入札等監理委員会の設置その他必要な事項を定めるものとする」。

なお、「サービス」ということばの使い方として、「事務事業」に換えてこのことばを用いていることについて、「市場化推進論のメリット」と指摘し、「サービス」のことばに由来する「消費者」としての地位という印象にからめとられないよう、「主権者」としての意識を強調するものとして、田村達久「地域公共事務事業における『市場』の可能性と『公共性』」公法研究70号（2008年）163頁以下。

（３）同法の分析について、橋本博之「『競争の導入による公共サービスの改革に関する法律』案について」自治研究82巻6号（2006年）35頁以下。

（４）なお、委任行政の限界について、行政法学では「公権力行使」概念を通じて説明されている。塩野宏『行政法Ⅲ（第3版）』（有斐閣、2006年）は「公権力の行使を伴う行政作用の委任については、その必要性の根拠が明確でなければならないと解される」と述べる。

憲法学では郵政民営化を、「違憲」と捉える見解がある。石川健治「ラオコオンとトロヤの木馬」論座（2007年6月）67頁以下は、小泉改革が「競争秩序」を根底から破壊し、郵政民営化を実質的な憲法改正問題であると述べる。その点、石川は郵政民営化を本稿でいうところの法文上の憲法問題ではなく、法原理上の憲法問題として捉えているが、はたしてそれが憲法違反なのかどうかは即断できるものではないだろう。

（５）この動向はしばしばNPMの手法と結びついて、効率性や成果を重視する行政

のあり方を探ることになる。参照、木村琢磨「国有財産の管理委託に関する一考察」千葉大学法学論集20巻4号(2006年)150頁以下。

- (6)「連邦郵便」の文言を削除し、郵便および電気通信に関する新たな規定を設けた。87f条は、(1)郵便及び電気通信分野における「あまねく適切かつ十分なサービス」を連邦が保障すること、(2)当該サービスは民間事業者が提供すること、(3)この分野における連邦固有行政は高権的事務に限ることを定めた。
- (7)「特別財産たるドイツ連邦郵便は、連邦法律の基準に従い、私法形式の企業に変更する」
- (8)(1)連邦は、連邦参議院の同意を必要とする連邦法律の基準に従って、郵便制度および遠距離通信の分野において、国土全土にあまねく適切かつ十分なサービスを保障する。(2)第1項の意味におけるサービスは、私経済活動として、特別財産たるドイツ連邦郵便に由来する企業を通じて、及びその他の私的提供者を通じてなされる。郵便制度および遠距離通信の分野における高権的事務は連邦固有行政において遂行される。(3)第2項第2文にかかわらず、連邦は、連邦直属の公法上の営造物の法形式において、特別財産たるドイツ連邦郵便に由来する企業に関する事務を、連邦法律の基準に従って遂行する。
- (9)電気通信法のユニバーサルサービスについては、参照、青木淳一「ドイツ電気通信法制の変遷とユニバーサルサービス」法学研究80巻12号(2007年)173頁以下。
- (10)この件について、戸部真澄「私人による「公権力の行使」」法時80巻8号101頁以下が簡潔だが要点を押さえた紹介をしており、本稿はこの分析を越えるものではない。また、初期の議論に詳しいのは、米丸恒治『私人による行政』(日本評論社、1999年)149頁以下。
- (11)Georg Hermes, Art.87d, in: Dreier (Hrsg.), GG III (2000) Rd.4, 21ff.
- (12)Christian J. Tams, Art.87d I GG und die Neuordnung der Flugsicherung, NVwZ (2006) S.1227.
- (13)「連邦固有の行政」という見解にたつ学説として、Karsten Baumann, Bundes-eigenverwaltung und Wettbewerb? DVBl (2006) S.332ff.; Christoph Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben (2001) S.112.
- (14)Bundespräsidialamt のHP、2006年10月24日付け(<http://www.bundespraesident.de/Journalistenservice/Pressemitteilungen-,11107.633675/Bundespraesident-Horst-Koehler.htm?global.back=/Journalistenservice/-/%20C11107%20C6/Pressemitteilungen.htm%3Flink%3Dbp>)

- (15) 立法理由によると、連邦に監督・統制権限が残れば、航空管制組織の活動は高権的に行使できるのだという。「この分野についての憲法による国家行為の構造と事件としての国家の留保から導かれるのは、航空管制組織が高権的な核心領域のなかで活動をする場合は、連邦には航空管制組織に対する十分な統制権と制御権（いわゆる Ingerenzrechte）が残されていなければならない、ということである。ヨーロッパ領空単一構想（SES）規則の枠内で、そしてこの法律によって行われる市場開放に基づいて、この法的影響可能性権限（Ingerenzrechte）は、航空管制組織が活動する際には、それゆえあらゆる航空管制組織に対する連邦の資本参加と無関係に適用され貫徹されることができなければならない。」BT-Drs. 16/240, S.18f.
- (16) この大統領の見解は、Friedrich Schoch, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuordnung der Flugsicherung mit Art. 87d GG (2006) の、航空法草案に対する鑑定意見を基礎にしていると言われている。ここでショッホは、「国家による保証責任は、連邦が私法上設立された航空管制組織に対して十分に影響しうる法的権限（Ingerenzrechte）（制御権ないし統制権）を有している場合にのみ履行されうる」（S.49）としたうえで、「連邦固有の行政における影響可能な法的権限（Ingerenzrechte）と比較すると、事務遂行に私法主体が関与することは、国家の制御喪失か統制の喪失に至る。なぜなら相応する措置は、私法主体にいわば『外から』持ち込まれるのであり、他方で、連邦は、連邦固有の行政については、航空管制に『内部から』支配の影響力を行使できるからである」（S.50）と述べる。「これは、連邦に対して憲法上要請された影響可能な法的権限（Ingerenzrechte）が遂行されえないことを意味するわけではない。しかし、たとえそうでなくとも、受け入れざるをえない国家の制御喪失と統制の喪失という認識によって明らかになるのは、法律によって高権的に規定された航空管制から、国家が撤退することに限界がある、ということなのだ。」（S.50）と判断し、ショッホは、国家が航空管制事務から撤退することに反対し、法案の違憲判断を導いたのである。
- (17) 民営化の類型として明解なのは、大脇成昭「民営化法理の類型論的考察」法政研究66巻1号（1999年）285頁以下。具体的なケースを挙げて、日本の行政法学の思考枠組に組み込んで類型化したのが原田大樹「民営化と再規制」法時80巻10号（2008年）54頁以下。
- (18) Gregor Kirchhof, Rechtsfolgen der Privatisierung, AöR 132（2007）S.215ff. なお、ここで論究されている民営化と基本権保障との関係については、極めて重要であるが、それだけに別稿で慎重な検討を要する。

- (19) Kirchhof (Fn.18) S.236ff.
- (20) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16.Aufl. (2006) § 23 Rn. 61ff.; Helmut Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabewahrnehmung, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle (Hrsg.), GVwR Bd.I (2006) § 12 Rd.108ff.
- (21) BVerfGE 108, 370 (394).
- (22) Kirchhof (Fn.18) S.219f.
- (23) 人見剛「公私協働の最前線の課題」法時82巻2号(2010年)106頁以下。
- (24) 「公私協働」と「民営化」の整理は、ほかにも山本隆司「民間の営利・非営利組織と行政の協働」行政法の争点〔第3版〕(2004年)154頁は、「公行政の組織が社会において財や役務を安定的に供給するために、どのような制度を形成し、民間の組織がどの程度、どのような態様で財や役務を供給する主体として活動するかは、いわば事業に関する協働の問題」である、として「民営化」を「事業に関する協働」と捉え、他方で、「公私協働」を「決定に関する協働」とする。
- (25) たとえば山本隆司「日本における公私協働の動向と課題」新世代法政策学研究(2009年)277頁以下は「公的組織が私的主体に次のいずれかの事項に関する役割と責任を委ねること。①諸利益の衡量または財やサービスの分配に関する決定をすること、あるいは決定を執行・実現すること。または、②こうした決定を公的組織が行うのを準備するために、あるいはこうした決定を公的組織が行うのを控える代わりとして、自己の利益以外の利益に関する情報を収集・形成・提示すること。」と定義する。これよりずっと広い概念として捉える紙野健二「協働の観念と定義の公法学的検討」法政論集225号(2008年)1頁以下は「①主体の複数性、②公共目的の共有、および③相互協力、の三つの要素からなる現象」とする。
- (26) Gunnar-Folke Schuppert, Was ist oder wie misst man Wandel von Staatlichkeit?, Der Staat 47 (2008), S.325ff.; Christoph Möllers, Netzwerk als Kategorie des Organisationsrechts, in: Oebbecke (Hrsg.), Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen (2005), S.285ff.
- (27) 参照、拙稿「ガバナンスと規律的調整構造(Regelungsstruktur)の概念」早稲田法学会誌60巻1号(2009年)、339頁以下。またvgl.,Gunnar-Folke Schuppert, Was ist und wozu Governance?, Die Verwaltung40 (2007), S.463ff.
- (28) Möllers (Fn.26).「概念のハイブリッド性が現象のハイブリッド性を写しとっている」(S.296)。

- (29) Möllers (Fn.26) S.295ff.
- (30) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktor, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle (Hrsg.), GVwR Bd.I, Rn.157.
- (31) 林知更「国家論の時代の終焉？」法時77巻11号（2005年）65頁。
- (32) Karl-Heinz Ladeur, Der Staat der „Gesellschaft der Netzwerke“, Der Staat 48（2009）, S.163ff.
- (33) 邦語文献として、三宅雄彦「保障国家と公法理論」社会科学論集126号（2009年）31頁以下。高橋明男「保障国家における法律の役割」法時81巻11号（2009年）107頁以下、山田洋「保障国家論」法時81巻6号（2009年）104頁以下。
- (34) Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch, AöR130（2005）S.9.
- (35) 三宅・前掲注33、31頁以下。
- (36) 保証国家論へのこうした根本的な批判は、vgl. Ladeur (Fn.32)。なお、ドイツの国家論が解釈にとって有益かどうかでその存在意義を認める傾向について、参照、林知更「国家論の時代の終焉？」法律時報77巻11号。
- (37) 保障国家論とガバナンス論の関係について、Wolfgang Hoffmann-Riem, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in; Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat（2005）S.89, Fn.1は、「ガバナンスの観点は現代的統治の態様と品質を把握するものであり、他方、『保証国家』の概念が行おうとしているのは、ずっと包括的に、国家の形態変動を指摘することである。それでも、判断されるべき諸現象は、多くの場合に一致している」と述べる。
- (38) 簡潔的な説明としては vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee,（2004）2.Aufl. Kap.I Rn.39.
- (39) 参照、本稿3-1。
- (40) Horst Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat（1991）.
- (41) 外川伸一「ガバナンス分析のためのネットワーク・ガバナンス」山梨学院大学法学論集63（2008年）43頁以下。
- (42) Vgl. Gunnar Folke Schuppert, Die Rolle des Gesetzes in der Governance, in: Trute / Gross / Röhl / Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht（2008）S.168f.
- (43) 同趣旨の指摘として、高橋明男「保障国家における法律の役割」法時81巻11号

(2009年) 108頁。

(44) 詳細には、拙稿「ドイツにおける行政の民主的正当化論の一断面」法学会誌59巻1号(2008年) 304頁以下。

(45) BVerfGE 47, 253 (273); 77, 1 (40); 83, 60 (73)

(46) BVerfGE 47, 253 (273); 83, 60 (73); 93, 37 (68); 107, 59 (87)

(47) このうち除外されるのは、純粋な相談、準備活動、技術的活動とされる。BVerfGE 83, 60 (74)。

(48) Rolf Grawert, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: HStR<sup>3</sup> II § 16, Rn. 30. Rn.1ff.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR<sup>3</sup> II § 24, Rn.26ff.; Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR116 (1991) S.348ff.

(49) BVerfGE 83, 37 (51)

(50) BVerfGE 83, 60 (72)

(51) もっともこの間、学説では Verbandsvolk を正当化の源泉と認める動きがあり (Ernst Thomas Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung (1991) S.382.)、これは国家の構造上の同型とみなしたもので、これに連邦憲法裁判所が憲法上の地位を与えなかったことは首肯できるが、学説のこの幅広い思潮を見過してはならなかったはずだ、という評価もある。たとえば Peter Unruh, Anmerkung, JZ (2003) S.1061ff.

(52) Vgl. Andreas Musil, Das Bundesverfassungsgericht und die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, DÖV (2003) S.116f.

(53) BVerfGE 107, 59 (87). 「民主的正当化の十分な内容が到達されているかどうかの判断について、連邦憲法裁判所の判例と学説におけるさまざまな形式である制度的、機能的、事項的・内容的そして人的正当化という形式が、それだけでは意味をもたず、むしろそれらの連関においてのみ意味をもつ。憲法上の観点から重要なのは、国家行為の民主的正当化の形式なのではなく、その実効性である。つまり必要なのは、一定の正当化水準なのである (vgl. BVerfGE 83, 60 [72]; 93, 37 [66? f.])。」

(54) BVerfGE 107, 59 (91) 「基本法20条2項は国家目標であり憲法原理である。その原理の性質に基づいて、基本法20条2項は発展に開かれている。国民からの『国家権力の由来』が、国家機関と同じように国民にとっても、そのつど具体的に経験可能で実務上効力をもたねばならない。条件が変われば順応する必要がある。



- (vgl. Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art.20 II, Rn.36; Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd.II, Art.20 [Einführung], Rn.10)。直接的国家行政とその事項的・対象的な事務領域に限定されていない地方自治のほかにも、民主主義の要請は開かれている。とくに、決定権限をもつあらゆる者を欠缺のない人的民主的正当化の要請から外れた国家権力の組織形式と行使の形式に開かれている。そのような基本法20条2項の解釈が可能となるのは、さらに、民主主義原理に根づいた自治と自律の原則（vgl. BVerfGE 33, 125 [159]）が適合的に妥当する場合である。代表制として制度化された国民支配の枠内で、基本法は公的事務の遂行における関係人の参加の特別な形式をも許容している。」
- (55) 参照、高橋滋「行政の経済化に関する一考察（上・下）」自治研究84巻1号46頁以下・84巻3号28頁以下（2008年）。
- (56) Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat (2005) S.89ff. (105f.); ders., Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch, AöR130 (2005) S.5ff. (66f.)
- (57) 制御理論を法学に導入することに原理的に批判を加えるのは、Oliver Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik (1999). 他方、制御理論を積極的に法学のなかで使うのは、Schmidt-Aßmann / Hoffmann-Riem / Voßkuhle (Hrsg.), GVwR (2006) 所収の諸論文。
- (58) Hans-Heinrich Trute / Wolfgang Denkhäus / Doris Kühlers, Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 37 (2004) S.461f.
- (59) Lepsius (Fn.57).
- (60) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / ders. (Hrsg.), GVwR, Bd.I (2006) § 1 Rn.17ff. 制御理論の議論も多様であり、行政行為形式論を制御理論として把握する議論もあれば、あるいは主権観念が不要になってくるというヨーロッパ化のなかの公法学の1つの認識のなかで、あえて主権観念を維持するために制御概念を使う議論もある。たとえば Arno Scherzberg, Das Allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Praxis und Reflexion, in: Trute u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (2008) S.849ff.
- (61) ほかに Karl-Heinz Ladeur, Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer „Logik der Netzwerk“, in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates (2001) S.59ff.; Clau-

dio Franzius, Governance und Regelungsstrukturen, VerwArch 97 (2006) S. 186ff.; Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktor, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle (Hrsg.), GVwR Bd.I (Fn.18) § 16; Thorsten Kingreen, Governance im Gesundheitsrecht, Die Verwaltung (2009) S.339ff. など。Governance 研究が研究会を中心にして盛んに行われており、行政学者、行政法学者、社会学者が中心となり、シリーズ物の一連の著作が編纂されていることからすると、国法学者の学界においても、一定の勢力を有しているともいだろう。Nomos 社から2005年以降、立て続けに刊行されている Schriften zur Governance-Forschung は、Gunnar Folke Schuppert 等が中心となって行われている社会科学の Governance 研究の成果物である。

(62) Ladeur (Fn.61) S.62.

(63) Franzius (Fn.61) S.214.

(64) 山本隆司「公私協働の法構造」金子宏先生古稀『公法学の法と政策 下』(有斐閣、2000年) 556頁。

(65) Franzius (Fn.61) S.214.

(66) Hoffmann-Riem, Gewährleistungsstaat (Fn.56) S.106.; ders, Gesetzesvorbehalt (Fn.56) S.66f.

(67) Hoffmann-Riem, Gewährleistungsstaat (Fn.56) S.106f.; ders, Gesetzesvorbehalt (Fn.56) S.66f.

(68) こうした実質的な正当化要素を考慮することに対して懐疑的なのは、Matthias Jestaedt, Demokratische Legitimation, JuS (2004) S.649ff.

(69) 早い時期の代表的学説として、Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation (Fn.48) S.366f.

(70) Hans-Heinrich Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: GVwR Bd.I (2006) Rn.91.

(71) Christoph Möllers, Materielles Recht - Verfahrensrecht - Organisationsrecht, in: Trute / Gross / Röhl / ders (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (2008) S.489 (510).

(72) この課題は、日本における仕組み解釈の問題点と類似する。しかもこの類似は、問題の生ずる契機、問題の克服の仕方、といういくつかの点で見ることができる。現代の多元的な行政の作用のなかで噴出する問題について、市民の参加・市民の権

利救済を十分に達成させるために、どのように解決されるべきなのか、ということから、条文の規定にとどまらない総合的な考慮に関心が向けられるからである。

- (73) Trute / Denkhaus / Kühlers (Fn.58) S.452ff.
- (74) Trute / Denkhaus / Kühlers (Fn.58) S.452ff.
- (75) Trute / Denkhaus / Kühlers (Fn.58) S.456.
- (76) Hans-Heinrich Trute, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl (1996) S.950ff.
- (77) Trute (Fn.76).
- (78) Trute / Denkhaus / Kühlers (Fn.58) S.458.
- (79) Trute / Denkhaus / Kühlers (Fn.58) S.458.
- (80) 参照、本稿 2-3-1。
- (81) Trute / Denkhaus / Kühlers (Fn.58) S.460.
- (82) 制御論における規律的調整構造の居場所の不在についてはすでに Hans-Heinrich Trute, Funktion der Organisation und ihre Abbildung im Recht, in: Schmidt-Aßmann / Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource (1997), S.295に表されている。
- (83) ガバナンス論が公法学のなかでますます勢力を持ってきている最も大きな原因の 1 つが、EU の存在である。政府はないのに、法律が公布され、統治もされる。そういう現象をとらえるために「ガバナンス」が議論の焦点となる。Vgl. Claudio Franzius, Warum Governance? KJ (2009) S.25ff.
- (84) Trute (Fn.75) S.951f. 日本では、山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000年）、原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣、2007年）280頁以下。
- (85) 原田・前掲注84、283頁。
- (86) Trute (Fn.76).
- (87) Schmidt Aßmann (Fn.38); Walter Krebs, Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann / Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft (2004) S.209.
- (88) Trute / Denkhaus / Kühlers (Fn.58) S.468f.
- (89) Trute / Denkhaus / Kühlers (Fn.58) S.470.
- (90) Trute / Denkhaus / Kühlers (Fn.58) S.471.
- (91) Hoffmann-Riem, Governance im Gewährleistungsstaat, in: Schuppert

(Hrsg.), Governance-Forschung (2004) S.20ff.

(92) 「民主的正当化」論における「十分な正当化水準」という観念も、これと同趣旨である。参照、本稿2-2。

(93) Trute / Denkhaus / Kühlers (Fn.58) S.472.

(94) Eberhard Schmidt-Aßmann (Fn.38) Kap.I Rn.49.

(95) Schmidt-Aßmann (Fn.38) Kap.I Rn.49.

(96) たとえば Franzius (Fn.61) S.194f. 「規律的調整構造は政治システムの分割と分化の結果である。そしてそれは諸アクターの共同の条件、基準、形式を全体において主題化している重要だと思われる現実を目を向ける。この際、ヒエラルヒーはわずかな役割すらないが、他の仕組みによって補われる。つまり規律的調整構造に組み入れられるなら、ヒエラルヒーの影のなかに移りこむか、または決定の創出と出現に影響を与え、それゆえ正当化し制限する意味を明確にする複雑な構造条件として可視化できるようにする。」

(97) Vgl. Friedrich Schoch, Gewährleistungsverwaltung, NVwZ (2008) S.241ff. (243.)

(98) BVerfGE 108, 370 (排他的ライセンス決定)において、「基本法87f 条1項に含まれているインフラストラクチャー事務は、郵便制度の民営化と自由化の後、競争がまだ機能していないし、または黒字の分野に限定されるので、サービス提供の供給不足になることを防がねばならない。郵便制度の分野は、かつての生存配慮に由来する事務に対して国家が有していた責任を放棄しない、という条件つきでのみ、国家の管理から退去されねばならない。基本法87f 条2項1文はたしかに、郵便サービス事業からの国家の撤退を目的としている。しかし国家の責任は、1項のインフラストラクチャーを保証する任務に基づいて、郵便事業による住民の基本的な供給に対する、市場経済によって左右される不利益から防ぐことにある。」(393 f.)

(99) Schoch (Fn.97) S.244.

(100) Schoch (Fn.97) S.244. Claudio Franzius, Der „Gewährleistungsstaat“, Der Staat 42 (2003) S.493ff. (509); Hoffmann-Riem (Fn.56) S.93f.

(101) Schulze-Fielitz (Fn.20) Rn.148ff. 邦語文献として詳しいのは、三宅・前掲注33、32頁以下。

(102) Claudio Franzius, Der Gewährleistungsstaat, VerwArch. 98 (2008) S.351 ff. (378).

- (103) Franzius (Fn.102) S.378.
- (104) Schoch (Fn.97) S.52.
- (105) Franzius (Fn.102) S.378.; Hoffmann-Riem (Fn.56) S.101.
- (106) 参照、山本隆司「日本における公私協働」稲葉・亘理編『行政法の思考様式』（2008年）197頁以下。
- (107) 米丸恒治『私人による行政』（日本評論社、1999年）355頁以下。この点、ドイツでは基本法33条4項に「高権的権限の行使は、原則として継続的事務としては、公法上の勤務関係および忠誠関係にある公務員構成員に委任されねばならない」として、通常は認められないが、高権的権限を「一時的」「例外的」に認める仕組みとなっている。この点、公権力の行使の委任について、大統領から連憲と判断された航空管制法案については、参照、本稿1-2-2。
- (108) Vgl. Schmidt-Aßmann (Fn.38) Kap.III, Rn.114.
- (109) 山本隆司『『民による行政』の法的統制』ジュリ1389号（2009年）88頁以下は、「民による行政」の際に地方公共団体の組織にとって最も重要なのが、「当該活動を行うのに必要な技術および情報を失わず、むしろ維持ないし向上させること」として、「さもなければ、民間の主体に対する監視が実効的にできない」と指摘する。そのために、専門的知見・情報を相互に交換して研修する場を設け、または両者が相互に学習を行うことが必要だとする。
- (110) Möllers (Fn.71) S.507.
- (111) Möllers (Fn.71) S.508. これは、立法によって（同法10条）、連邦行政庁の判断が尊重されるべきとされているからであり、行政手続は、裁判の統制密度を限定することを意味する。
- (112) 最判2007・1・25民集61巻1号1項。原田大樹「民間委託と国家賠償責任」法政研究74巻2号（2007年）351頁以下、西埜章「措置入所児童の後遺症等の不法行為責任（積善会事件）」民商136巻6号（2007年）711頁以下。岡田正則「民営児童養護施設における養育監護行為の過失と都道府県の損害賠償責任」賃金と社会保障1445号70頁。山本隆司「私人の行為による国家賠償（1）」法教342号（2009年）58頁以下。
- (113) 参照、山本・前掲注25、302頁。
- (114) 参照、北村和生『『民』による行政執行と国家賠償』小林武他編『『民』による行政』（法律文化社、2005年）99頁以下。松塚晋輔『民営化の責任論』（成文堂、2003年）149頁以下。

- (115) 今村成和『国家補償法』(有斐閣、1957年)103頁、下山瑛二『国家補償法』(筑摩書房、1973年)96頁、遠藤博也『国家補償法(上)』(青林書院、1981年)150頁、西埜章『国家賠償法』(青林書院、1997年)45頁、宇賀克也『国家補償法』(有斐閣、1997年)35頁、宮田三郎『国家責任法』(信山社、2000年)59頁、室井力＝芝池義一＝浜川清編『コンメンタール行政法Ⅱ行政事件訴訟法・国家賠償法』(日本評論社、2004年)401頁。
- (116) 芝池義一『行政救済法講義』(有斐閣、2008年)204頁、阿部泰隆『国家補償法』(有斐閣、1988年)81頁。
- (117) 交告尚史「国賠法一条の公務員」神奈川法学30巻2号(1995年)75頁以下。
- (118) 橋本・前掲注3、40、52頁。